

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ARCHIVA EL EXPEDIENTE DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO COMO CONSECUENCIA DE LA DENUNCIA DE EMSERTEX 2002, S.L. PARA COMPROBAR EL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE ORANGE DE LA RESOLUCIÓN DE 5 DE JULIO DE 2012, POR LA QUE SE RESOLVÍA EL CONFLICTO EXISTENTE ENTRE AMBOS OPERADORES POR LOS SERVICIOS PRESTADOS PARA ENCAMINAR LLAMADAS CON ORIGEN INTERNACIONAL Y DESTINO NUMERACIÓN 902 (EXPTE. NÚM. RO 2012/2553)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 21 de enero de 2014

Visto el expediente de información previa iniciado contra France Telecom España, S.A. como consecuencia de la denuncia de Emsertex por el presunto incumplimiento de la Resolución del Consejo de la CMT de 5 de julio de 2012, por la que se resolvía un conflicto existente entre ambos operadores, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Escrito de Emsertex 2002, S.L.

Con fecha de 6 de noviembre de 2012, se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ (en adelante, CMT) escrito de Emsertex 2002,

¹ La disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece que la constitución de la CNMC implicará la extinción de la CMT, que continuará ejerciendo sus funciones hasta la puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Por su parte, el artículo 1 de la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC señala que el día 7 de octubre de 2013 se iniciará la puesta en funcionamiento de la CNMC.

S.L. (en lo sucesivo, Emsertex), mediante el cual denunciaba que France Telecom España, S.A.U. (en adelante, Orange), no había procedido a retarificar el tráfico en los términos establecidos en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de julio de 2012, por la que se resolvía el conflicto entre ambos operadores por los servicios de comunicaciones electrónicas prestados para encaminar llamadas con origen internacional y destino numeración 902 de Emsertex (expediente RO 2011/798) (en lo sucesivo, la Resolución de 5 de julio de 2012), solicitando la incoación de un procedimiento sancionador contra Orange.

Segundo.- Inicio del periodo de información previa

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se procedió a abrir un período de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento. Este hecho fue comunicado a Orange, junto al requerimiento de determinada información acerca del cumplimiento de la Resolución anteriormente citada.

Tercero.- Escrito de Orange

Con fechas 17 de diciembre de 2012 y 8 de enero de 2013 se recibieron escritos de Orange en los que contestaba el requerimiento de información indicado en el Antecedente de Hecho anterior y solicitaba el archivo de las actuaciones.

En dicho escrito, Orange indicaba que había intentado, infructuosamente, llegar a un acuerdo con Emsertex y que la falta de colaboración de Emsertex le había impedido ejecutar la Resolución. Asimismo, Orange manifestaba que había solicitado la colaboración de los operadores involucrados en los tráficos concernidos, y que parte de los tráficos anómalos habían sido objeto de impago por parte del operador de origen (hacía referencia al operador internacional **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**).

Orange afirmaba no mantener en ese momento relación comercial alguna con Emsertex.

Cuarto.- Traslado a Emsertex de los escritos de Orange

Con fecha 18 de enero de 2013 se dio traslado a Emsertex de los anteriores escritos de Orange.

Quinto.- Escrito de Emsertex

Con fecha 31 de enero de 2013 se recibió en la Comisión escrito de Emsertex mediante el cual exponía que Orange continuaba sin llevar a cabo la retarificación a que compelia la Resolución de 5 de julio de 2012.

Sexto.- Requerimientos de información a Emsertex y a Orange

Mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de 9 de mayo de 2013 se remitió nuevo requerimiento de información a ambos operadores.

Séptimo.- Escrito de Orange

Con fecha 24 de mayo de 2013 se recibió en la Comisión escrito de Orange mediante el cual daba respuesta al requerimiento de información indicado en el Antecedente anterior.

Orange adjuntaba copia de dos comunicaciones remitidas a Emsertex con fechas de 18 de febrero y 23 de mayo de 2013. En la primera comunicación, Orange recordaba a Emsertex que estaba a la espera de recibir, de este último operador, el detalle del tráfico y los importes que correspondía regularizar para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2009, a los cuales le serían descontados los impagos asociados. En la segunda comunicación, Orange establecía el importe a regularizar para los meses señalados y, con ello, consideraba que daba cumplimiento a los resuelve Cuarto y Quinto de la Resolución de 5 de julio de 2012.

Octavo.- Escrito de Emsertex

Con fecha 4 de junio de 2013 se recibió escrito de Emsertex por medio del cual daba cumplimiento al requerimiento de información indicado en el Antecedente Sexto.

Emsertex señalaba que Orange continuaba sin dar cumplimiento a la mencionada Resolución ya que, en su comunicación, sólo realizaba una liquidación provisional, condicionada al pronunciamiento que realizase la Audiencia Nacional en el recurso interpuesto por Orange.

Respecto a las comunicaciones intercambiadas entre las partes a efectos de alcanzar un acuerdo, Emsertex indicaba que, inicialmente, los contactos fueron informales, pero que posteriormente se realizaron formalmente. A efectos de acreditarlo, Emsertex aportaba copia de los burofaxes intercambiados entre las partes².

Finalmente, Emsertex afirmaba que el contrato con Orange no había sido formalmente resuelto.

Noveno.- Escritos de Orange

Con fecha 25 de julio de 2013 se recibió escrito de Orange mediante el cual informaba a la Comisión de que había procedido a analizar los tráficos y a abonar a Emsertex las cantidades pendientes de abono. Con fecha 31 de julio de 2013, Orange remitió a esta Comisión copia del extracto de la transferencia bancaria efectuada el 7 de julio de 2013 en favor de Emsertex, por el importe resultante de la liquidación.

² De fecha 28 de enero de 2013, 18 de febrero de 2013, 1 de marzo de 2013, 24 y 29 de mayo de 2013.

Décimo.- Traslado y requerimiento de información a Emsertex

Con fecha 20 de agosto de 2013 se dio traslado a Emsertex de los escritos de Orange mencionados en el Antecedente de Hecho anterior, requiriéndosele nueva información.

Undécimo.- Requerimiento de información a Orange

El Secretario de la Comisión formuló nuevo requerimiento de información a Orange el 21 de agosto de 2013, acerca de ciertos aspectos de la mencionada Resolución y de la diferencia existente entre la cantidad abonada a Emsertex en julio de 2013 y la cantidad resultante de la liquidación llevada a cabo por Orange.

Duodécimo.- Escrito de Emsertex

El día 27 de agosto de 2013 se recibió en la Comisión contestación de Emsertex al requerimiento indicado en el Antecedente de Hecho décimo. En este escrito, Emsertex reitera algunas alegaciones y aporta documentos que ya constaban en el expediente, y manifiesta que no está conforme con la retarificación y el abono realizado por Orange y determina las cantidades que, en su opinión, quedarían pendientes de pago.

Asimismo, señala que no ha sido posible la modificación del Acuerdo general de interconexión (en adelante, AGI), tal y como exigía la Resolución de 5 de julio de 2012, por causas imputables a Orange.

Décimo Tercero.- Escritos adicionales de Orange

Con fechas 9 de septiembre y 22 de octubre de 2013 se recibieron nuevos escritos de Orange por los que respondía al requerimiento indicado en el Antecedente de Hecho Undécimo y aportaba información adicional.

Décimo Cuarto.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 11 de noviembre de 2013, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión declaró la confidencialidad de determinados datos contenidos en el presente expediente.

Décimo Quinto.- Últimos escritos de Orange

Con fecha 15 de noviembre de 2013, se recibió en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de alegaciones de Orange por el que completaba la información y documentación obrante en el presente expediente. Con fecha 22 de noviembre de 2013, Orange presentó un nuevo escrito completando la información aportada respecto a la clasificación y retarificación de los tráficos.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Objeto y habilitación competencial

Las presentes actuaciones previas se incoaron con el objeto de determinar si ha existido por parte de Orange un incumplimiento de la Resolución del Consejo de la CMT de 5 de julio de 2012, lo que podría implicar la infracción del artículo 53 r) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”*.

Los artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre (en adelante, LGTel), atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*.

El presente expediente fue iniciado por la CMT, en virtud de la anterior habilitación competencial. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, señala que la constitución de la CNMC implicará la extinción, entre otros organismos, de la CMT.

En virtud de lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013³, una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.1 de la citada Ley, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Asimismo, los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, atribuyen a la CNMC el ejercicio de la potestad sancionadora, de acuerdo con lo previsto en el Título VIII de la LGTel. A este respecto, el artículo 58 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55 respecto de los requerimientos de información por ella formulados.”

Segundo.- Consideraciones sobre el periodo de información previa

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, esta Comisión se registrará supletoriamente por la LRJPAC.

³ La citada Disposición señala que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que la citada Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

En concreto, los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio; asimismo, el artículo 69.2 establece que, el órgano competente podrá abrir un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento administrativo al respecto.

La razón de ser del trámite de información previa no es otra que la de evitar los inconvenientes que la simple apertura de un procedimiento administrativo puede causar a los afectados. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento. Lo anterior cobra aún más importancia en el caso de los procedimientos sancionadores por cuanto éstos inciden directamente en el ámbito moral de la persona imputada.

Tercero.- Calificación del escrito inicial

El escrito de Emsertex mencionado en el Antecedente de Hecho Primero pone en conocimiento de esta Comisión determinados hechos que pudieran constituir una infracción administrativa de las tipificadas en la Ley General de Telecomunicaciones, consistentes en el presunto incumplimiento de la citada Resolución del Consejo de la CMT de 5 de julio de 2012.

El artículo 11 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador) aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, determina que:

"1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa".

En definitiva, se considera que el escrito presentado por Emsertex ante esta Comisión constituye una denuncia, en el sentido del artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

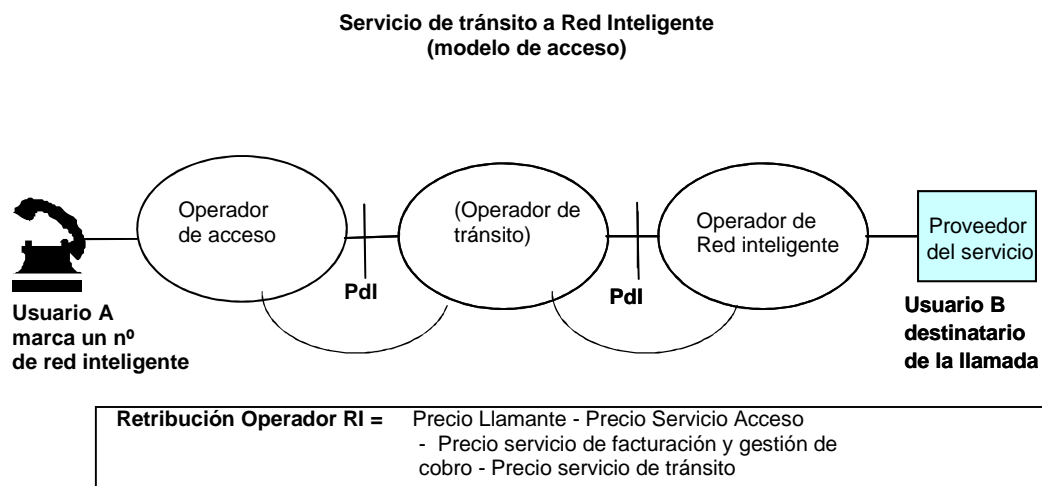
Cuarto.- Sobre la Resolución de 5 de julio de 2012

En marzo de 2011 Emsertex presentó ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una denuncia contra Orange por discrepancias en la tarificación del tráfico con origen internacional o desconocido y con destino a la numeración 902 de

Emsertex, generado a lo largo de 2009 y hasta el 6 de enero de 2010, para cuya resolución se tramitó un procedimiento de conflicto de interconexión.

Desde el inicio de 2009 hasta octubre de 2009, el tráfico con origen internacional o desconocido que tenía como destino la numeración 902 de Emsertex era residual, por lo que Orange lo tarificaba por defecto (ya que ese servicio no estaba previsto en su AGI) como tráfico con origen fijo nacional (por ser éste el tipo de tráfico cursado en mayor medida entre ambos operadores).

Las llamadas dirigidas a números 902 se facturaban conforme al “modelo de acceso”. A continuación, se presenta un gráfico del flujo de pagos en cascada que se produce entre los operadores intervinientes en la realización de la llamada:



Según este modelo de facturación, el operador de acceso -que tiene un contrato con su cliente y fija el precio minorista al usuario llamante- entrega al operador de tránsito el importe recibido de dicho usuario, deducido el precio de los servicios de interconexión de acceso y de facturación y gestión de cobro prestados. Posteriormente, el operador de tránsito debe pagar al operador de red inteligente el importe resultante de deducir, de la cantidad traspasada por el operador de acceso, el importe correspondiente a los servicios de interconexión de tránsito. Esa cantidad pagada está integrada por una componente de establecimiento de llamada más un precio por minuto.

Sin embargo, a partir de octubre de 2009 el tráfico mencionado de perfil anómalo (no contenía identificación del origen, se generaban llamadas simultáneas y de corta duración) aumentó desmesuradamente, por lo que Orange lo analizó y notificó a Emsertex, mediante sendos correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009, los precios y el modelo de facturación que estimaba conveniente aplicar al tráfico cursado a partir de entonces. Para esas llamadas se pactaron y convalidaron en el conflicto tramitado las tarifas previstas para el tráfico originado en redes móviles nacionales, que mantenían un esquema de facturación según el modelo de terminación (sin componente

de establecimiento de llamada y un precio por minuto inferior al modelo de acceso), por considerarlo más adecuado para el tráfico de origen internacional; además, así retribuía Telefónica de España, S.A. este tráfico, operador que entregaba los tráficos a Orange⁴.

A partir de diciembre de 2009, estos tráficos fueron entregados desde redes internacionales a Orange, exclusivamente, por el *carrier* **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

En la Resolución de 5 de julio de 2012, se concluyó que la modificación de las condiciones económicas aplicables a los tráficos con origen internacional o desconocido que resultaran provenientes de redes internacionales, con destino a numeración 902 de Emsertex, llevada a cabo por Orange, era razonable, pero no debía aplicarse al tráfico generado antes de 5 de diciembre de 2009.

El Consejo de la CMT resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar no justificada ni razonable la propuesta de France Telecom España, S.A.U., contenida en los correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009, de modificar el modelo de facturación y los precios del servicio de llamadas con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 de Emsertex, respecto del tráfico cursado entre el 1 de octubre de 2009 y el 5 de diciembre de 2009.

SEGUNDO.- Declarar justificada y razonable la propuesta de France Telecom España, contenida en los correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009 para el tráfico cursado en el servicio de llamadas con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 de Emsertex a partir del 5 de diciembre de 2009.

TERCERO.- Instar a las partes en conflicto a incluir en su acuerdo para la prestación de servicios de red de comunicaciones electrónicas, el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902, con las condiciones económicas recogidas en la propuesta de France Telecom España, S.A.U. contenida en los correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009.

CUARTO.- France Telecom España deberá retarificar el tráfico cursado en el servicio de llamadas con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902 de Emsertex en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2009 y el 5 de diciembre de 2009, aplicando las condiciones económicas con que facturaba a Emsertex antes de octubre de 2009 y que coinciden con las indicadas en la addenda al acuerdo de interconexión para el tráfico con origen fijo nacional.

QUINTO.- France Telecom España deberá retarificar el tráfico cursado en el servicio con destino a los 902 de Emsertex desde el 1 de octubre de 2009 hasta la fecha de la presente resolución, cuyo origen internacional no logre acreditar, aplicando las condiciones económicas con que facturaba a Emsertex antes de octubre de 2009 y que coinciden con las indicadas en la addenda al acuerdo de interconexión para el tráfico con origen fijo nacional.”

⁴ Telefónica también modificó el esquema de facturación de este tráfico en el mismo sentido y en el mismo periodo, al detectar este tráfico irregular.

Sexto.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa

Como consecuencia de la Resolución de 5 de julio de 2012, los operadores implicados debían llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- Orange debía retarificar el tráfico con origen internacional o desconocido y destino numeración 902 de Emsertex, generado entre el 1 de octubre y el 5 de diciembre de 2009, aplicando las condiciones económicas vigentes antes de la modificación de las tarifas, esto es, las de origen fijo nacional.
- Orange debía retarificar el tráfico de origen desconocido (cuyo origen internacional no lograrse acreditar) con destino numeración 902 de Emsertex, generado desde el 5 de diciembre de 2009 hasta la fecha de la resolución del conflicto (5 de julio de 2012), aplicando las condiciones económicas vigentes anteriormente -las correspondientes a tráfico con origen fijo nacional-.
- Las partes debían incluir en su AGI el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902, con las nuevas condiciones económicas aplicables.

1. En cuanto a la retarificación del tráfico

De las actuaciones previas practicadas se desprende que Orange ha acreditado ante esta Comisión la retarificación llevada a cabo y que ha pagado a Emsertex la cantidad resultante de dicha retarificación.

De una parte, es necesario mencionar que, desde la aprobación de la Resolución de 5 de julio de 2012, las partes han mantenido una negociación activa, como se detalla en el apartado 2 del presente Fundamento de Derecho, con el fin de alcanzar un acuerdo respecto a la clasificación y tarificación del tráfico que fue objeto de conflicto.

De otra parte, de conformidad con las facturas inicialmente expedidas por las llamadas entregadas en los números 902 de Emsertex⁵, el volumen total de tráfico en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2009 fue el siguiente:

[CONFIDENCIAL]

FIN CONFIDENCIAL]

En este tráfico se encuentran las llamadas con origen desconocido⁶ y aquellas con un origen nacional identificado (como fijo o móvil). Estas últimas fueron correctamente clasificadas, por lo que no era necesario retarificarlas. Este volumen de tráfico

⁵ Se trata de las facturas con referencia **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

⁶ Las llamadas de origen desconocido contenían como única identificación del origen, tal como puede comprobarse en la documentación aportada, en unos casos únicamente el número '34' (que, como señala el Plan Nacional de Numeración Telefónica, es el indicativo de país adjudicado a España por la UIT, que precede al número nacional para las llamadas efectuadas desde el extranjero con destino a España) y en otros casos, los nueve dígitos de la numeración eran ceros, número telefónico que no está atribuido.

correctamente identificado también aparece reflejado en la retarificación detallada en el cuadro del punto 1.1 siguiente.

1.1. Tráfico anterior al 5 de diciembre de 2009

De conformidad con la Resolución de 5 de julio de 2012, era necesario clasificar y aplicar la tarifa de fijo nacional a aquellas llamadas de origen desconocido que se produjeron entre el 1 de octubre de 2009 y el 5 de diciembre del mismo año.

Con fecha 27 de junio de 2013 Orange notificó a Emsertex, por correo electrónico, que había realizado un cálculo de los importes a regularizar en aplicación de la Resolución de 5 de julio de 2012, indicaba el importe resultante, adjuntaba la factura y comunicaba que procedería al pago de la misma a la semana siguiente.

Según manifiesta Orange, la retarificación consistía en la categorización del tráfico recibido en la numeración 902 de Emsertex en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2009 y en la aplicación de la tarifa correspondiente al tipo de origen del tráfico; de este modo, el tráfico desconocido pasaba a ser retribuido conforme a tarifa de origen fijo nacional (inicialmente tarifado como origen móvil nacional).

De conformidad con la documentación obrante en el expediente, los cálculos de la retarificación serían los siguientes:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

El concepto 'factura original' recoge las cantidades que inicialmente se pagaron a Emsertex. En el concepto 'retarificación' se recoge la nueva clasificación de los tráficos de origen desconocido y los importes resultantes de la aplicación de las nuevas tarifas. Del cuadro resumen anterior se obtienen las siguientes conclusiones:

- El volumen de tráfico inicialmente facturado a Emsertex, coincide con el retarificado⁷. Esto significa que Orange no ha excluido de la retarificación ningún tráfico generado en el servicio de llamadas a los números 902 de Emsertex.
- La mayor parte del tráfico se encuentra reclasificado como origen fijo nacional, tal como establecía la Resolución de 5 de julio de 2009: supone un 96% del total del tráfico en el mes de octubre 2009, un 97% en el mes de noviembre de 2009 y el 100% en el mes de diciembre de 2009, en el que estaría incluido el tráfico desconocido reclasificado y aquel tráfico que, tal como se ha indicado *ut supra*, tenía un origen fijo nacional correctamente identificado en los registros de llamadas.
- Existe un remanente de tráfico de origen móvil que corresponde a tráfico efectivamente originado en redes móviles nacionales, que ya estaba

⁷ Ello puede comprobarse con la suma de los minutos de la columna de 'tráfico origen fijo' y aquellos de 'origen móvil' de la factura original y comparándola con la suma de minutos de la retarificación.

correctamente indicado en los registros de llamadas, por lo que no debía ser reclasificado.

Por ello, a juicio de Orange, la diferencia entre lo que había abonado inicialmente a Emsertex por las llamadas con origen desconocido y destino 902 de Emsertex y lo que debía abonarle como resultado de la retarificación por los meses de octubre y noviembre de 2009 y los días 1 y 5 de diciembre de 2009, sería la siguiente:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

Por lo tanto, el resultado de la retarificación realizada por Orange arrojaba un resultado de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros en favor de Emsertex.

Es necesario tener en cuenta que, de la cantidad a abonar correspondiente al mes de noviembre (obsérvese el cuadro anterior), Orange ha detraído **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros por el supuesto impago del operador de origen internacional, por lo que, finalmente, abonó a Emsertex por este mes **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros, que, sumado a lo debido por los meses de octubre y diciembre de 2009, ascendería a **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros; cantidad a la que, si se añaden los impuestos indirectos, ascendería a **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros.

No obstante, con fecha de 9 de julio de 2013 Orange procedió a abonar a Emsertex **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros, tal como ha resultado acreditado con el comprobante de la transferencia, cantidad ligeramente inferior a la señalada en la retarificación, que, tal como se ha indicado y, de acuerdo a la factura emitida por este concepto, ascendía a **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros.

Orange justifica y acredita esta minoración en la compensación de otras cantidades debidas entre ambos operadores -práctica operacional habitual, según se recoge en la cláusula octava de su AGI, tal como se explicará posteriormente (apartado 6)-.

En cambio, Emsertex considera que Orange no ha justificado las cantidades abonadas en la retarificación. Emsertex estima que, de conformidad con la Resolución de 5 de julio de 2012, faltarían por abonar las siguientes cantidades:

[CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

Como puede observarse en el cuadro anterior, en el mes de diciembre de 2009 es donde se produce la mayor divergencia entre las partes.

Sin embargo, Emsertex no ha aportado datos concretos que avalen su cálculo de la retarificación y que justifiquen su divergencia respecto a la realizada por Orange. Por ello, la valoración de la idoneidad de la retarificación sólo puede realizarse sobre los datos aportados por Orange.

1.1.1 Octubre y noviembre de 2009

Se concluye que Orange ha reclasificado y retarificado todos los minutos del tráfico con origen desconocido entregado en la numeración 902 de Emsertex en los meses de octubre y noviembre de 2009, dando efectivo cumplimiento al Resuelve Cuarto de la Resolución de 5 de julio de 2012.

Cuestión distinta es que no exista entre ambos operadores un acuerdo pleno en cuanto a la cantidad exacta que las partes debían abonarse por motivo de las diversas compensaciones, ajustes de facturas y repercusiones de impagos, entre otros. Las incidencias de facturación derivadas directamente del AGI son interpretadas por esta Comisión en el ejercicio de sus competencias: en particular, las relativas a compensaciones e impagos o las relativas al pago de los servicios prestados incluidos en el contrato. Sin embargo, con respecto a las cantidades concretas en las que se produce la discrepancia, Emsertex no ha acreditado su procedencia.

1.1.2 Del 1 al 5 de diciembre de 2009

En sus alegaciones, Emsertex basa la diferencia que reclama respecto a lo abonado por Orange, principalmente, en que no considera justificado el origen internacional del tráfico del mes de diciembre de 2009, por lo que considera que Orange habría de aplicar, a todas las llamadas de ese mes, la tarifa de origen fijo nacional.

De conformidad con el Resuelve Cuarto de la Resolución de 5 de julio de 2012, respecto al mes de diciembre de 2009, Orange sólo debía aplicar la tarifa estipulada para fijo nacional al tráfico cursado entre los días 1 y el día 5 de ese mes.

De conformidad con la factura originalmente emitida a Emsertex por el mes de diciembre de 2009, todo el tráfico con destino a su numeración 902 fue tarificado como origen fijo nacional, como puede observarse en el cuadro del apartado 1.1 del presente Fundamento de Derecho. Y, a pesar de ello, Orange ha realizado una retarificación del tráfico generado entre el día 1 y el 5 de ese mes, y arrojaba un saldo favorable para Emsertex de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros⁸, que le ha sido abonado.

En consecuencia, esta Comisión considera que no existen indicios de incumplimiento de la Resolución de 5 de julio de 2012 por parte de Orange, respecto al tráfico cursado en octubre, noviembre y entre el 1 y el 5 de diciembre de 2009.

1.2. Sobre el tráfico posterior al 5 de diciembre de 2009

Emsertex asimismo considera que Orange no ha acreditado correctamente el origen internacional del tráfico generado con posterioridad al 5 de diciembre de 2009.

De conformidad con el Resuelve Quinto de la Resolución de 5 de julio de 2012, en caso de no acreditar el origen internacional del tráfico posterior al 5 de diciembre de 2009, Orange debía retarificarlo aplicando las tarifas correspondientes a origen fijo nacional, ya que, inicialmente, lo había clasificado como origen móvil.

⁸ Orange expidió sendas facturas de retarificación del periodo de 1 de octubre a 31 de diciembre de 2009, el 17 de junio de 2013, con referencia: **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Orange señala que, ya en diciembre de 2009, el tráfico que provenía de fuera de España se encontraba perfectamente identificado, puesto que era entregado por un *carrier* internacional (en los meses anteriores, era Telefónica quien entregaba este tráfico a Orange y no lo identificaba como tal). Por lo que, desde entonces, no cabía duda acerca de su origen. Para acreditarlo, Orange aporta copia de las facturas expedidas a **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, el detalle de los destinos de las llamadas entregadas por este operador, así como el registro de las llamadas entregadas a Emsertex en los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010.

En las facturas giradas por Orange a **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, correspondientes al tráfico cursado en los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010, se distinguen los tres destinos a los que el tráfico iba dirigido: **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

En la factura expedida para el mes de diciembre de 2009, el servicio de mayor importe es el de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, mientras que, en la factura de enero de 2010, se observa que la facturación de este servicio ha disminuido en favor del servicio **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**⁹. Posteriormente, En su escrito de 22 de noviembre de 2013, Orange señala que “*más allá del 30 de diciembre de 2009 no se remitieron tráficos con origen internacional a tal empresa [Emsertex]*”. Sin embargo, analizados los registros de las llamadas entregadas a Emsertex en enero de 2010, se observa que aún continuaban las llamadas con número de origen distinto a los establecidos en los planes de numeración (se aprecia el indicativo de país ‘34’ como única referencia del número de origen, por lo que se trata de tráfico con origen desconocido). Sin embargo, estos tráficos se produjeron de modo residual, como se puede comprobar en los registros de llamadas correspondientes al mes de diciembre de 2009.

Puesto que no cabía duda de que el tráfico de origen desconocido generado en diciembre de 2009 y enero de 2010 provenía de redes extranjeras, ya que era entregado por un *carrier* internacional, se considera suficientemente justificado el origen internacional de este tráfico y, en consecuencia, se considera justificada la aplicación de la tarifa de origen móvil, de conformidad con el Resuelve Segundo de la Resolución de 5 de julio de 2012. En consecuencia, esta Comisión no observa en la conducta anterior indicios de incumplimiento del Resuelve Quinto de la Resolución de 5 de julio de 2012.

2. Sobre la falta de colaboración de Emsertex en la identificación de los tráficos

Orange ha alegado que inicialmente no pudo ejecutar lo establecido en la Resolución de referencia por falta de colaboración de Emsertex, para identificar los tráficos que

⁹ Ello avalaría lo alegado por Orange de que, a partir de enero de 2010, el tráfico internacional no identificado desapareció, tal como se había afirmado en la Resolución de 5 de julio de 2012 y, desde entonces, el volumen de tráfico se habría mantenido de forma residual o prácticamente inexistente.

procedían de redes internacionales, y que aparecían en los registros de llamadas (CDRs – *Call Data Records*) sin un origen identificado.

En su escrito de 4 de junio de 2013, Emsertex afirma que los contactos mantenidos por ambos operadores desde la adopción de la Resolución de referencia han sido numerosos. Efectivamente, a la luz de las numerosas comunicaciones mantenidas por ambos operadores, señaladas brevemente en sede de Antecedentes de Hecho y obrantes en el expediente, no puede concluirse que haya habido falta de colaboración por Emsertex.

Más relevante es puntualizar que, tal como manifiesta Emsertex en su escrito de 31 de enero de 2013, no era necesario un acuerdo de las partes para que Orange diera efectivo cumplimiento a lo establecido en la Resolución de referencia, ya que los datos de tráfico de que dispone Emsertex son aquellos que Orange le provee como operador mayorista; de este modo, Emsertex no dispone de más información o de una información distinta a la que le facilita Orange.

En todo caso, Orange dio finalmente cumplimiento a la Resolución, por lo que esta Comisión considera que esta alegación no tiene mayores consecuencias.

3. Sobre el impago de los tráficos por parte del operador internacional

Emsertex ha manifestado no encontrar suficientemente justificada la repercusión que ha realizado Orange del impago del operador internacional, en la liquidación de la retarificación del mes de noviembre de 2009, por un importe de **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros. El denunciante considera que el impago alegado por Orange no ha resultado detallado en su cuantificación.

Según lo establecido en la cláusula segunda del AGI firmado entre ambos operadores, Orange “*en cualquier momento podrá ajustar los importes mensuales abonados a Emsertex o no pagar los importes pendientes de liquidación en función de las cantidades percibidas por OBS (entiéndase, Orange) o reclamadas a OBS por los operadores de acceso*”.

Por ello, en principio, Orange estaba habilitado contractualmente para repercutir el supuesto impago.

Sin embargo, esta Comisión ve indicios de que dicho impago no debió ser repercutido a Emsertex pues, por un lado, Orange no ha acreditado que las tarifas acordadas con el operador internacional incluyeran una componente de establecimiento de llamada (es más, la propia Orange afirmó en el conflicto de origen que el operador internacional no habría aceptado una tarifa con componente de establecimiento de llamada), que sería la parte del precio que habría dejado de abonar el operador internacional a Orange –y la que ha repercutido a Emsertex-; y, por otro lado, Orange no ha acreditado ante esta Comisión ni ante Emsertex este supuesto impago.

Tal como manifestó Orange en la tramitación del conflicto del que trae causa el presente expediente, este operador habría cobrado del operador internacional el precio

de terminación, que es la misma estructura de precios que ha de aplicar a Emsertex para el tráfico generado a partir del 5 de diciembre de 2009, tal como resultó de la Resolución de 5 de julio de 2012.

En consecuencia, esta Comisión ve irregularidades en que Orange repercutiera a Emsertex el supuesto impago del operador internacional, el cual ha sido valorado por la propia Orange en **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros; por ello, esta Comisión no encuentra acreditado que Orange minorara la cantidad a abonar a Emsertex por el mes de noviembre de 2009, de conformidad con la retarificación realizada. Sin embargo, al no haberse dirimido directamente esta cuestión (la repercusión de cantidades impagadas) en la Resolución de 5 de julio de 2012, no puede concluirse que ésta se haya infringido por este motivo.

4. En cuanto a la modificación del AGI

El Resuelve Tercero de la Resolución de 5 de julio de 2012 instaba a las partes en conflicto a *“incluir en su acuerdo para la prestación de servicios de red de comunicaciones electrónicas, el servicio de tránsito con origen internacional y destino a numeración de red inteligente 902, con las condiciones económicas recogidas en la propuesta de France Telecom España, S.A.U. contenida en los correos electrónicos de 27 de noviembre de 2009”*.

Emsertex alega que la modificación del AGI entre ambos operadores no ha sido posible por causas imputables a Orange. Por su parte, Orange ha alegado que desde el 1 de julio de 2012 no mantiene relación comercial alguna con Emsertex. En caso contrario, según este operador, el servicio de llamadas con origen internacional y destino numeración 902 de Emsertex habría sido incluido en el contrato, tal como establece la Resolución de 5 de julio de 2012.

Orange considera extinguido dicho contrato desde el momento en que Emsertex transfirió la gestión de su tráfico a otro operador mayorista; migración que se habría producido en el periodo entre septiembre de 2011 y junio de 2012, mes este último en que sólo se facturaron a Emsertex servicios residuales (como los gastos generados por el ‘aparaguamiento’ que realizaba Orange a Emsertex ante la Entidad de Referencia (AOP) para la portabilidad fija).

Tal como consta en la documentación aportada al presente expediente, el 30 de mayo de 2012, Emsertex comunicó a todos los operadores el cambio en el enrutamiento de su tráfico, lo que significaba que Orange ya no prestaría servicios mayoristas a Emsertex, al haber trasladado Emsertex los recursos de numeración sobre los que se prestaban los servicios, a otro operador mayorista. Los mismos servicios no pueden ser proveídos por dos operadores mayoristas simultáneamente.

En la mencionada notificación enviada por Emsertex a Orange el 30 de mayo de 2012, se notifica que **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

En consecuencia, a pesar de no haber notificado su intención de extinguir el contrato, de conformidad con la cláusula tercera de su AGI, devino una imposibilidad técnica, física, sobrevenida para Orange de cumplir la obligación de prestar el servicio, por lo que este operador considera que ha desaparecido el objeto del contrato y, por lo tanto, da por extinguido el mismo.

El artículo 1.184 del Código Civil establece que *“También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”*. Es decir, la obligación se considera extinguida por pérdida de la cosa debida sin culpa del deudor (art. 1.156 CC), cuando la prestación se ha hecho definitivamente imposible. Esta imposibilidad sobrevenida supone la extinción de la obligación de prestar el servicio, al darse los requisitos derivados del art. 1182 CC, cuales son, la ausencia de culpa del deudor, en este caso Orange, y no haberse constituido en mora. La imposibilidad es objetiva al tratarse de un impedimento inherente al contenido de la prestación, como es el no poder prestar los servicios de interconexión contratados, al establecerse por Emsertex rutas de interconexión distintas.

Por todo ello, se concluye que, efectivamente, el Resuelve Tercero de la Resolución de 5 de julio de 2013 resultaba de imposible cumplimiento para las partes, ya que la obligación de prestar servicios a Emsertex había desaparecido desde junio de 2012.

En consecuencia, no se observan indicios en la conducta anterior de un incumplimiento de la Resolución de 5 de julio de 2012, por parte de Orange, que implique la concurrencia de la infracción tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel.

5. Compensación de pagos

La cláusula octava del Acuerdo de interconexión firmado entre ambos operadores el 29 de septiembre de 2006 establece lo siguiente respecto a la compensación de pagos entre ambos operadores: *“Las partes acuerdan que mientras el resultante del flujo de pagos a realizar por los servicios prestados objeto del presente contrato sea a favor de OBS (entiéndase, Orange) la fórmula elegida sea el de la compensación”*.

Asimismo, la cláusula novena de dicho Acuerdo señala que *“[E]n caso de resolución o cancelación anticipada conforme a lo previsto en el presente contrato, Emsertex y OBS deberán proceder a la liquidación de la relación contractual, abonándose las cantidades adeudadas entre sí por los servicios prestados hasta ese momento, así como cualesquiera otras cantidades que se debieran o tuvieran derecho a reclamarse y tuvieran su causa en el presente contrato y sus anexos”*.

En consecuencia, esta Comisión considera justificada la compensación de cantidades adeudadas entre sí por ambos operadores, realizada por Orange tras la retarificación, puesto que al extinguirse el contrato, las partes debían proceder a la liquidación de la relación contractual.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

Único.- Archivar el presente expediente de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por Emsertex 2002, S.L. contra France Telecom España, S.A.U., en relación con el incumplimiento de la Resolución de 5 de julio de 2012, por la que se resolvía el conflicto entre ambos operadores en relación con los servicios prestados para las llamadas con origen internacional y destino numeración 902 (RO 2011/798).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.